

# LOS ENEMIGOS OCULTOS DE LOS DERECHOS SOCIALES (CINCO CREENCIAS ERRÓNEAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS)\*

Ricardo GARCÍA MANRIQUE

**SUMARIO:** I. Observaciones preliminares. II. Derechos humanos. III. Libertad: 1. La libertad como no interferencia. 2. Una concepción alternativa de la libertad. IV. Igualdad: 1. La contraposición libertad-igualdad y cómo suprimirla. 2. Igualdad y justicia. V. Libertad de mercado: 1. Mercado o ciudadanía. 2. Ciudadanía, inclusión y exclusión. 3. La libertad de mercado como límite de los derechos sociales. VI. Propiedad privada. VII. Los derechos sociales y la labor de las Defensorías del Pueblo. VIII. Bibliografía

## I. Observaciones preliminares

Todo aquel que piense que los derechos sociales (o derechos económicos, sociales y culturales) pueden llegar a ser efectivos sin oposición, está equivocado. Es muy probable que nadie niegue que su realización efectiva encuentra obstáculos naturales, como la escasez de recursos, o sociales, como la dificultad para organizar su distribución justa en una comunidad humana compleja. Sin embargo, también es probable que muchos, llevados por un optimismo antropológico mal orientado o por una concepción no conflictiva de lo comunitario o por una valoración ingenua de nuestras instituciones políticas, crean que la implantación de los derechos sociales es una tarea exclusiva de la técnica jurídica y del diseño institucional.

No es así: los derechos sociales, además de obstáculos, tienen enemigos, es decir, personas o grupos de personas que se oponen activamente a su realización, bien sea porque perjudique sus intereses particulares, bien porque estén convencidos de que perjudica el interés general. Esta actitud hostil no debe sorprender. En sociedades tan desiguales como las nuestras en materia de oportunidades y de disfrute de bienes y servicios, toda medida igualitaria, como lo es la implantación de los derechos sociales, supone un reequilibrio que mejora las condiciones de unos y empeora las de otros; y es muy comprensible que estos últimos no acepten de buen grado la pérdida de su posición social dominante.

La historia de los derechos humanos es la mejor prueba de lo que vengo diciendo. Su reconocimiento ha sido siempre el resultado de procesos difíciles y a menudo muy violentos, que han costado sangre, sudor y lágrimas. Porque todo avance en materia de derechos, sean civiles, políticos o sociales, consiste en un apoderamiento igualitario de todos los miembros de la comunidad y en una correlativa merma del poder de las minorías hegemónicas, que no suelen estar dispuestas a ceder sin luchar.

---

\* Texto elaborado a partir de la ponencia presentada en el Taller “La protección de los derechos sociales por las Defensorías del Pueblo”, celebrado en Cartagena de Indias (Colombia), los días 23 a 26 de febrero de 2009. El texto se ha beneficiado de las observaciones y comentarios de los participantes.

No obstante, en este trabajo no me voy ocupar de los enemigos de los derechos sociales en sentido estricto, sino de algunas de las armas de que se valen, o “enemigos” de los derechos sociales en sentido figurado. En particular, me voy a ocupar de ciertas ideas o creencias camufladas en la selva de la cultura moral, política y jurídica que da cobertura a los derechos humanos, ideas o creencias que actúan a manera de trampas en las que pueden caer los partidarios de los derechos sociales. Se trata de una serie de elementos propios de las teorías (o ideologías) de los derechos humanos que, de no concebirse correctamente, dan lugar a una imagen distorsionada de los derechos sociales que dificulta su realización efectiva.

Ciertas teorías de los derechos humanos niegan el carácter de tales a los derechos sociales. Se basan, a mi juicio, también en ideas o creencias falsas. Aquí las dejaré de lado para atender a las teorías que sí admiten a los derechos sociales como derechos humanos (y, por tanto, propugnan su inclusión en el derecho positivo como derechos fundamentales), pero de una u otra manera rebajan su estatuto respecto del de otros derechos. La razón de ser de mi opción es que la negación total del estatuto iusfundamental de los derechos sociales parece, hoy día, menos peligrosa porque está menos extendida y porque se basa en creencias más burdas, cuyo análisis crítico resulta menos necesario y menos interesante.

Con carácter preliminar, conviene establecer lo que aquí se entenderá por “derechos sociales”. Se trata de derechos universales (de todos) a cuotas iguales y máximas de ciertos bienes sociales básicos, tales como la salud, la educación o el trabajo (cuál sea el catálogo preciso de estos bienes y, por tanto, de estos derechos es cuestión que aquí no nos ocupará). Es esta concepción de los derechos sociales la que se pone en peligro cuando caemos en las trampas ocultas de la teoría, que nos pueden hacer creer que los derechos sociales han de concebirse como derechos a prestaciones públicas mínimas de salud, educación o trabajo. La idea rectora de las páginas que siguen es precisamente ésta: una adecuada comprensión de la idea de derechos humanos exige concebir a los derechos sociales como derechos a cuotas iguales máximas y no como derechos a prestaciones mínimas.

Por supuesto, asumir esta idea rectora no significa despreciar los derechos sociales mínimos, sobre todo en la práctica. Qué duda cabe de que los que acepten la idea rectora valorarán también que todos los miembros de la comunidad puedan disfrutar de al menos un cierto nivel de educación o salud y entenderán que este estado de cosas es mejor que aquel en que la educación o la salud no están garantizados ni siquiera en grado mínimo. Además, es posible que, en muchas ocasiones, razones de estrategia o de táctica aconsejen esforzarse por conseguir esos derechos a prestaciones mínimas, dejando de lado pretensiones más ambiciosas. Sin embargo, siendo cierto todo eso, también lo es que conviene tener claro el sentido de los ideales que informan nuestra práctica jurídica y política, y que esta claridad no supone obstáculo alguno para el éxito de nuestros empeños más inmediatos.

En los cinco epígrafes siguientes analizaré cinco creencias muy extendidas sobre los derechos humanos que entorpecen la buena comprensión de los derechos sociales. Estas creencias son las siguientes: (II) que los derechos humanos son ciertos derechos mínimos

que garantizan un mínimo de legitimidad política; (III) que la libertad inspiradora de los derechos humanos es la libertad negativa o libertad como no interferencia; (IV) que la igualdad es un valor y que los derechos sociales se inspiran en ella; (V) que la libertad de mercado es un derecho fundamental que permite la provisión de bienes o la prestación de servicios socialmente muy importantes con ánimo de lucro; y (VI) que la propiedad privada es un derecho fundamental.

## II. Derechos humanos

La primera creencia afecta al concepto mismo de los derechos humanos, y es la siguiente: los derechos humanos son ciertos derechos mínimos que la comunidad política debe garantizar para alcanzar un cierto nivel mínimo de legitimidad. Esta creencia lleva a una comprensión inadecuada tanto de los derechos en su conjunto como de cada uno de ellos en particular.

Los derechos humanos deben concebirse, más bien, como el ideal de una comunidad política justa o legítima, expresado en lenguaje jurídico y en términos de derechos individuales. Este ideal se sustenta en dos pilares, el primero normativo y el segundo empírico, que integran también el concepto general de los derechos:

- a) Un modelo de vida humana buena, entendida como vida humana libre o autodeterminada. Este modelo puede ser más o menos preciso y más o menos controvertido, pero hemos de darlo por supuesto si queremos justificar la atribución de los derechos humanos a sus titulares: sin un modelo como éste seríamos incapaces de determinar cuáles derechos han de integrar el catálogo de los derechos humanos y por qué, en cambio, otros no.
- b) La convicción de que todos los seres humanos (salvo excepciones vinculadas con discapacidades graves) son igualmente aptos para vivir de acuerdo con ese modelo de vida humana buena.

La consecuencia es que una comunidad política sólo es justa si permite a todos sus miembros hábiles vivir ese tipo de vida, y el postulado de la cultura de los derechos humanos es que así sucederá si la comunidad política garantiza el respeto de todos los derechos humanos para todos sus miembros.

Que este postulado sea acertado o no es cuestión que no procede discutir aquí. Uno podría creer que no es posible determinar un modelo de vida humana buena; o que la vida humana buena no es la vida libre; o que los derechos no son instrumentos adecuados para promover ese tipo de vida; o que no todos los seres humanos son igualmente capaces de vivirla. Ninguna de estas creencias es absurda y todas ellas han tenido y tienen partidarios. Sin embargo, cada una de ellas es incompatible con la idea de los derechos humanos tal y como se ha desenvuelto a lo largo de su historia y tal y como es concebida hoy día. Por

eso, si uno asume la idea de derechos humanos, ha de rechazar cada una de estas creencias y admitir como válidos los dos pilares, normativo y fáctico, enunciados previamente.

Una prueba de la actualidad de esta concepción la podemos encontrar en el *Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, publicado en 2004 por la [Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos](#), que se inicia con esta frase: “Los derechos humanos constituyen una expresión jurídica de lo que los seres humanos necesitan para vivir vidas plenamente humanas”. Los derechos humanos aparecen vinculados con una vida “plenamente humana”, esto es, una vida vivida plenamente de acuerdo con algún ideal de lo humano, que está al alcance de los “seres humanos” (habremos de entender que de todos y no sólo de algunos). La referencia, en cambio, no lo es a una vida “mínimamente” humana.

Esta concepción de los derechos es, además, la que permite entender el rol desempeñado por los derechos como expediente legitimador último de lo político, ya desde su momento fundacional. Uno de los primeros grandes textos de su historia, la francesa [Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano](#), de 1789, en cuyo nombre se hizo la revolución, comenzaba justificando su necesidad porque “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las *únicas* causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos” (he subrayado “únicas”), una justificación que acababa con la afirmación de que sólo así, con la garantía de los derechos, sería posible la “felicidad social”. Algo muy parecido a lo que expresa el Preámbulo de la [Convención Americana de Derechos Humanos](#), o Pacto de San José, de 1969, según el cual “sólo puede realizarse *el ideal del ser humano libre*, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. En este punto, el Pacto de San José reconoce expresamente su alineación con la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) de 1948.

Siendo así, los derechos humanos no deben concebirse como derechos mínimos, sino, en su conjunto, como el derecho a una cuota máxima de libertad, y, cada uno de ellos, como el derecho a una cuota máxima de determinado bien social asociado con la libertad. Si los derechos fueran mínimos, no podrían ser la expresión de la sociedad justa o legítima, sino sólo la expresión de un cierto grado de reducción de la injusticia. Si los derechos fueran mínimos, no podrían constituir ese programa supremo de la felicidad social que inspira la acción política popular o institucional alrededor del mundo, ni erigirse en la máxima instancia de legitimidad de un sistema jurídico, como propugna el constitucionalismo. Ni tampoco podrían desempeñar su función de alto ideal por el que las instituciones internacionales dicen regirse.

En cambio, los derechos sociales suelen concebirse como derechos a prestaciones mínimas, incluso por muchos de aquellos que los aceptan como derechos humanos. Esto es muy extraño. Tomemos el ejemplo de la salud, para comprobar cuánto. Si convenimos en que una vida “plenamente humana” requiere disfrutar de la “salud”, habremos de convenir también en que ese disfrute ha de ser el máximo socialmente posible, pues si la salud no alcanza ese máximo, la vida que llevemos no podrá ser “plenamente” humana,

sino sólo humana “en alguna medida” distinta de lo pleno. Si la salud es realmente necesaria para ese tipo de vida ideal, entonces no tiene sentido decir que bastaría con un mínimo, porque aquellos que dispusieran de salud por encima del mínimo estarían, en ese aspecto, en mejores condiciones de realizar el ideal de vida. Por eso, el artículo 12 del [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) se expresa con sensatez cuando establece el derecho a la salud como el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Por otra parte, ¿acaso concebimos los demás derechos como derechos mínimos? Cualquier derecho civil o político puede comprenderse como el derecho a una cuota máxima de algo. El derecho a no ser torturado no implica sólo la prohibición de algunas torturas particularmente graves, sino de todas las torturas. El derecho a la inviolabilidad del domicilio no se limita a ciertas horas al día. El derecho al sufragio ni siquiera puede comprenderse en términos mínimos. Y entonces, ¿por qué los derechos sociales sí se conciben como derechos mínimos? La razón hemos de ir a buscarla en la mala interpretación de otros conceptos esenciales de la teoría de los derechos humanos.

### **III. Libertad**

Nadie duda de que la libertad es uno de los valores que justifican los derechos, sola o en compañía de otros. Sin embargo, según como sea concebida, la libertad permite justificar el carácter mínimo de los derechos sociales. Tenemos, pues, que examinar qué concepción de la libertad promueve derechos sociales mínimos y después determinar si es una concepción correcta.

#### **III.1. La libertad como no interferencia**

La libertad es concebida por muchos como “no interferencia”, esto es, como el estado de cosas en el cual una persona no es obligada a hacer lo que no quiere o no es obligada a dejar de hacer lo que quiere. La figura gráfica de la libertad como no interferencia es la de un perímetro en torno a la persona que delimita un ámbito en el cual no sufre intromisiones ajenas. Lo característico del concepto de libertad como no interferencia no es lo que la persona hace o deja de hacer, sino el hecho de que los demás no interfieran. Por eso se la llama libertad “negativa”, porque no atiende a lo que su titular hace sino a lo que los demás no hacen (interferir)<sup>1</sup>. El sujeto la disfruta con independencia de lo que haga con ella o incluso si no hace nada. Esto significa que los mudos pueden ser libres para hablar, los sordos para oír y los analfabetos para leer.

Esta concepción de la libertad, correcta o no, constituye un obstáculo para los derechos sociales. En efecto, cualquiera de los derechos que llamamos sociales no puede ser justificado con base en la libertad negativa porque todos ellos suponen el disfrute efectivo

---

<sup>1</sup> Véase I. BERLIN, “Dos conceptos de libertad”, en I. Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1998.

de ciertos bienes diferentes de la no interferencia. Es cuando menos posible imaginar los derechos civiles como derechos de no interferencia (que no me torturen, que no entren en mi domicilio sin permiso, que no impidan la expresión de mis ideas); más difícil es imaginar los derechos políticos como derechos de no interferencia (¿qué no impidan mi ejercicio del sufragio? Pero, ¿no implica el derecho al sufragio, necesariamente, que se organicen determinados procesos de participación política, como son las elecciones? ¿Y acaso es posible imaginar la organización de estos procesos como no interferencias?); e imposible resulta imaginar los derechos sociales como derechos de este tipo, pues todos ellos, repito, consisten en el disfrute de ciertos bienes o servicios sociales, o en la participación en ciertos procesos también sociales, y no es posible concebir esos bienes, servicios o procesos como no interferencias. Andaría desencaminado quien, por ejemplo, concibiese el derecho a la salud como el derecho a no ser interferido en algo, porque la esencia del derecho consiste en que el sujeto efectivamente disfrute de salud, no en que los demás se abstengan de perjudicarla.

Es más: los derechos sociales pueden identificarse como interferencias y, por tanto, como obstáculos a la libertad negativa, según cómo se delimite el perímetro de no interferencia al que antes me refería. Si el perímetro está formado, entre otras cosas, por los derechos de propiedad privada de que cada uno es efectivamente titular y por la libertad de empresa tal y como se concibe de ordinario, entonces los derechos sociales interfieren porque suponen intromisiones en los unos y en la otra. Unos, como la salud o la educación, porque suponen la vigencia de un sistema fiscal que recorta la propiedad a través de los impuestos; otros, los típicos del ámbito laboral, porque recortan la libertad de empresa imponiendo determinadas condiciones de trabajo que no son negociables.

Cuestión interesante, aunque aquí no me refiero a ella como parte de la argumentación principal, es cómo delimitan el perímetro de no interferencia los partidarios de la libertad negativa. Porque de la asunción de este concepto de libertad negativa no se sigue que haya de incluir la propiedad privada o la libertad de empresa, ni tampoco se sigue que no haya de incluir otras cosas, por ejemplo el libre acceso a los centros educativos o sanitarios. Lo que quiero decir es que tan interferencia es prohibir a un empresario y a un trabajador que acuerden una jornada laboral de catorce horas diarias como prohibir a un niño el acceso a un centro educativo privado o a un enfermo el acceso a una clínica privada. Esto es, el mero concepto de la libertad negativa no es bastante por sí solo para delimitar lo que debe estar permitido y prohibido. De hecho, el propio concepto de la propiedad privada supone una doble interferencia, de la que habitualmente sólo vemos un aspecto: la posible interferencia del no propietario en el perímetro del propietario. Sin embargo, es evidente que todo derecho de propiedad supone también una interferencia para el no propietario, que en virtud de su no propiedad resulta que no puede entrar aquí o pasar por allí o disponer de tal bien o tal servicio. Pensemos en un solar de titularidad pública en el que los niños juegan o los adultos aparcen su vehículo libremente. Si este solar es vendido a un particular (privatizado), el nuevo titular podrá impedir el juego de los niños o el aparcamiento de los vehículos de los adultos aduciendo que unos y otros interfieren en su libertad (en su propiedad); pero es igualmente evidente, o más, que el nuevo titular interfiere ahora en la libertad de los niños y adultos de jugar o aparcar el coche: ¿quién interfiere a quién? ¿Qué interferencia es más significativa? Como la una es el reverso de la otra, ambas no pueden ser impedidas al mismo tiempo: o se impide el uso público del

solar, mediante su privatización, o se impide su privatización. En definitiva, la mera opción por una concepción negativa de la libertad no permite trazar el perímetro de la no interferencia ni, por tanto, determinar derechos concretos. Incluso podría argumentarse que la libertad negativa repartida justamente llevaría a la negación de la propiedad privada, que, por su naturaleza, genera ámbitos de no interferencia muy desiguales<sup>2</sup>.

Pasando por alto la esterilidad de la libertad negativa como concepto normativo, convengamos ahora en que los derechos humanos sirven a la libertad y aceptemos de momento que la libertad consiste en la no interferencia ajena. Siendo así, es fácil comprender por qué los derechos sociales se vuelven problemáticos. Primero, porque no pueden concebirse como ámbitos de no interferencia, luego no pueden fundarse en esta libertad. Segundo, porque requieren traspasar el perímetro de no interferencia realmente disfrutado por algunos. De modo que si queremos fundar los derechos sociales tenemos que recurrir a otro valor diferente al de la libertad, y el candidato mejor situado aparenta ser el valor de la igualdad. Con independencia de lo que diré en el epígrafe siguiente, deben observarse ya dos consecuencias importantes:

La primera es que los derechos humanos dejan de ser indivisibles, contra lo que los textos internacionales y la doctrina declaran a menudo. Si los derechos humanos sirven a más de un valor, lógicamente habremos de poder dividirlos. Por ejemplo, unos estarán destinados a servir a la libertad y otros a servir a la igualdad, y la división estará servida. Vincular los derechos sociales con otra dimensión de la libertad (digamos con la libertad “positiva”) tampoco mejora las cosas, porque dividir la libertad en dos (negativa y positiva) lleva del mismo modo a dividir los derechos en dos grupos vinculados con la una y con la otra. Y tampoco sirve decir que todos los derechos sirven igualmente a ambos valores, porque con esta afirmación se negaría el presupuesto del que hemos partido, a saber, el vínculo privilegiado de un grupo de derechos con un determinado valor y de otro grupo de derechos con otro valor diferente.

La segunda consecuencia es que los derechos sociales han de ser necesariamente mínimos, por esta razón: si los derechos sociales sirven a la igualdad, encontrarán en ella un fundamento, pero en la medida en que menoscaban la libertad (como no interferencia, o negativa), deberán ponderarse con ésta y, por tanto, ser derechos limitados (es decir, mínimos), para que la libertad no se pierda por completo. Hay que aclarar que, en realidad, los derechos sociales afectan sobre todo a dos dimensiones ya mencionadas de la libertad negativa, a saber: la propiedad privada y la libertad de mercado. Y la justificación del carácter mínimo de los derechos sociales sería ésta: del mismo modo que la propiedad y la libertad de mercado quedan limitadas por los derechos sociales, éstos quedan limitados por aquéllas; los derechos sociales como derechos a cuotas máximas acabarían con la propiedad y la libertad de mercado, luego, por tanto, han de ser derechos a ciertas cuotas mínimas<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Véase, sobre lo que se dice en este párrafo, G. COHEN, “Libertad y dinero”, *Estudios Públicos*, nº 80, 2000, pp. 51-76.

<sup>3</sup> Véase R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 495. También C. FABRE, *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 23, 35 y 160.

### III.2. Una concepción alternativa de la libertad

¿Dónde radica el error? En concebir la libertad como no interferencia. Desde luego, uno puede definir un término como mejor le parezca, pero lo que no puede pretender es que cualquier definición de un término permita usar ese término en cualquier contexto. Uno puede definir “lavadora” como “persona que lava”, pero entonces no podrá usar el término como perteneciente al ámbito de los electrodomésticos. De la misma forma, si uno define la libertad como no interferencia, se verá inhabilitado para usar el término “libertad” a la hora de fundar los derechos humanos, porque los derechos humanos se fundan en valores (demos esto por supuesto), y la no interferencia no es un valor. O, viceversa, si la libertad ha de ser valiosa, entonces tendremos que definirla de otra manera. Corresponde ahora explicar por qué la no interferencia no es un valor.

Empecemos por recordar que la libertad como no interferencia no se caracteriza por lo que su titular hace, sino por lo que los demás dejan de hacer (dejan de interferir). En este caso, es perfectamente posible predicar libertad de sujetos incapaces para llevar a cabo cualquier acción significativa (por ejemplo, una piedra). Si somos capaces de no interferir en la vida de una piedra, entonces podremos decir que la piedra es libre o, con un sentido similar, que un ser humano privado de toda conciencia (por ejemplo, en estado vegetativo persistente) es libre. Pero, ¿hay algo valioso en una piedra no interferida o en no interferir en la vida de una persona en estado vegetativo? De hecho, ¿acaso tiene sentido la idea de interferencia referida a estos sujetos? Seguramente no. Aquí podrían apoyarse los partidarios de la libertad como no interferencia, haciendo notar que la refieren sólo a sujetos que pueden ser interferidos (no piedras ni enfermos privados de conciencia) y que, respecto de ellos, sí es valiosa. Muy bien, aceptemoslo, a condición de que se nos explique por qué es valiosa sólo en estos casos y no en general.

La explicación, se me ocurre, sólo podría ser que la libertad como no interferencia es valiosa cuando el sujeto que no es interferido es capaz de tomar decisiones significativas, en el sentido de decisiones que podemos valorar de alguna manera y que podemos imputar a su autor, decisiones que son algo más que actos reflejos o instintivos o inducidos desde el exterior; y, recurriendo a un concepto del epígrafe anterior, decisiones que pueden ser evaluadas desde el punto de vista del ideal de vida buena que todos compartimos en buena medida y que, en todo caso, es un presupuesto de la idea de los derechos humanos. Aparece ahora ya el verdadero sentido de la libertad como no interferencia: no es la no interferencia lo que valoramos; lo que valoramos es la capacidad (propia de todos los seres humanos salvo excepciones) para tomar decisiones significativas o, si se quiere, decisiones a secas, pues una decisión no significativa no es propiamente una decisión. Esta capacidad es la que se llama a menudo “autodeterminación” o “libertad positiva” pero deberíamos llamarla libertad a secas, entendida, como dijo el viejo Montesquieu, como la capacidad para “poder hacer lo que se debe querer”. ¿Y cuál es la relación entre la libertad positiva y la libertad negativa? Pues que la segunda es una condición necesaria, pero no suficiente, de la primera<sup>4</sup>. Ahora, si lo que valoramos es primariamente la libertad positiva, y si a la libertad negativa la valoramos por ser una condición necesaria de ella,

---

<sup>4</sup> A. BALDASSARRE, *Los derechos sociales*, Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 52.

entonces tendremos que valorar igualmente todas las demás condiciones necesarias de la libertad positiva.

Para comprender el argumento del párrafo anterior, quizá sea útil recordar cómo se justificó la libertad religiosa, una libertad supuestamente negativa, por parte de algunos de los pensadores ilustrados, durante el siglo XVIII. Su argumento fue el siguiente: hay un Dios verdadero y hay un camino verdadero para la salvación. Pero la salvación sólo tiene sentido y valor si uno es capaz de alcanzarla por sí mismo, es decir, si uno es capaz de alcanzarla libremente, pues sólo así se convierte en un acto meritorio. Por tanto, la religión verdadera no puede ser impuesta, sino que ha de dejarse que cada uno la busque y encuentre por sus propios medios. De modo que la imposición de la religión verdadera es perjudicial porque impide la salvación. Es decir: para que uno pueda salvar su alma, es necesario que uno pueda no salvarla, esto es, que la salvación del alma sea el resultado de una conducta libre. Creo que este argumento ilustrado muestra a las claras que la libertad religiosa (una típica libertad “negativa”) sólo se justifica porque valoramos la libertad positiva, la capacidad del sujeto para tomar la decisión correcta (o para “poder hacer lo que debe querer”).

El obstáculo que supone la libertad como no interferencia para los derechos sociales queda ahora despejado. La libertad positiva, autodeterminación o libertad a secas requiere de la no interferencia pero igualmente de otras condiciones, y hacer efectivas estas condiciones es precisamente la misión de los derechos sociales. Debe quedar claro ya que, por poner otro ejemplo distinto, la libertad de expresión tiene sentido porque consideramos valioso que las personas expresen sus ideas; para eso, es necesario que los demás no interfieran (mediante la censura o por otros medios), pero también es necesario que la persona sea capaz de expresar ideas, y nadie negará que la función del derecho a la educación es, por lo menos, permitir a las personas la adquisición de conocimientos y hábitos intelectuales que las habiliten para formar ideas, como paso previo y necesario para su expresión. No sería difícil mostrar que todos los derechos sociales sirven de modo similar a la libertad.

Así las cosas, la libertad es un enemigo de los derechos sociales cuando se concibe erróneamente como libertad negativa o libertad como no interferencia. Cuando se la reformula adecuadamente en los términos en que lo hemos hecho, la libertad deja de oponerse a los derechos sociales y se constituye en fundamento unitario de todos los derechos humanos, salvando así la idea de indivisibilidad. Para completar el argumento, que en lo esencial ha sido ya desarrollado, tenemos que ver dónde queda el valor de la igualdad, ahora que ya no lo necesitamos para fundar los derechos sociales, y si sigue en pie la objeción basada en los derechos de propiedad privada y libertad de mercado, estos sí ámbitos de no interferencia que parece que quedan afectados por los derechos sociales y que seguirían constituyendo razones a favor de su consideración como derechos mínimos.

## IV. Igualdad

### IV.1. La contraposición libertad-igualdad y cómo suprimirla

Simplificando al máximo, podemos decir que la teoría dominante de los derechos humanos asocia los derechos civiles y políticos con la libertad, y los derechos sociales con la igualdad. A continuación establece la oposición entre libertad e igualdad, de manera que la promoción de la segunda va en detrimento de la primera, y viceversa. Como ambas se conciben como valores independientes, se trata de buscar el equilibrio entre las dos. Y se acaba por proponer unos derechos sociales mínimos que garanticen un cierto nivel de igualdad compatible con un cierto nivel de libertad. Pues bien: este planteamiento es erróneo y perjudica gravemente la causa de los derechos sociales. Por eso, podemos decir que la igualdad, cuando se la concibe de esta manera, se erige en enemiga de los derechos sociales. Veamos ahora por qué este planteamiento es incorrecto.

La oposición entre libertad e igualdad no existe por la sencilla razón de que la igualdad no es un valor, luego no tiene entidad para oponerse a un valor como es la libertad (cuando es entendida en los términos del epígrafe anterior). Esta negación del valor de la igualdad puede sonar paradójica o conservadora, pero no es ni una cosa ni la otra. Al contrario, lo que es paradójico, y conservador, es atribuir valor a la igualdad. La igualdad no puede ser un valor porque no es valioso (1) “ser igual a otro” ni tampoco (2) “ser tratado igual que otro”.

(1) Ser igual a otro es un hecho, no un valor, como se pone de relieve si nos fijamos en ciertas instancias de ese “ser igual”: ser igual de alto, delgado o inteligente que otro, ser partidario igual que otro del mismo equipo de fútbol, estar igual que otro en el mismo lugar, pertenecer igual que otro al género humano, etc.. Se puede ser igual que otro respecto de cualidades moralmente irrelevantes (altura), ser igual que otro respecto de cualidades moralmente relevantes pero de las que no somos responsables (humanidad) o ser igual que otro respecto de cualidades moralmente relevantes de las que somos responsables, que pueden ser positivas o negativas (generosidad o egoísmo, valentía o cobardía). En ninguno de estos casos la igualdad es, como tal, valiosa. Puede ser valiosa la pertenencia al género humano o puede ser valiosa la generosidad o la valentía, pero no lo son el egoísmo o la cobardía. Esto, por una parte.

(2) Por otra parte, ser tratado igual que otro no es valioso siempre. Sólo lo es en algunas ocasiones, en particular cuando uno merece lo mismo que el otro. Por el contrario, si se es tratado igual que otro cuando los méritos son diferentes, entendemos que nos hallamos ante un trato no valioso, en particular un trato injusto, pues tan injusto es tratar desigual lo igual como tratar igual lo desigual. Esto es tan viejo como la ética aristotélica<sup>5</sup>. Por tanto, lo que es valioso no es ser tratado igual que otro, sino ser tratado igual que otro *cuando* se merece lo mismo, o *cuando* se es igual que otro en lo relevante, que es cosa bien distinta. De hecho, ese trato igual para los iguales y desigual para los desiguales recibe desde

---

<sup>5</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Madrid, 1985, libro V.

siempre el nombre de justicia y no de igualdad. Y la justicia sí es un valor, pero no la igualdad. Siempre cabe la posibilidad de llamar igualdad a la justicia (ya sabemos que podemos llamar a las cosas como nos plazca, y también que aquí no nos preocupan los nombres, sino las cosas); en este caso, habría que convenir que la igualdad (ahora sí valiosa) consiste en “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”.

## IV.2. Igualdad y justicia

Si cuando nos referimos al valor de la igualdad lo hacemos a ese tipo de trato que siempre se llamó justicia, entonces resulta que la igualdad y la libertad no se oponen porque están en planos diferentes. La igualdad (justicia) es la primera virtud de las instituciones sociales (según Rawls, que habla de justicia) o la virtud soberana (según Dworkin, que habla de igualdad)<sup>6</sup> y, como tal valor supremo, no admite contraste con la libertad. Ahora, es posible, y exigido por la idea de derechos humanos, que una comunidad política sea justa (igualitaria) cuando todos sus miembros sean libres (igualmente libres, claro está). Y esto es así cuando creemos que todos los seres humanos merecen la misma libertad (insisto: como la idea de derechos humanos supone). Traigamos a colación de nuevo los que he llamado dos pilares de la idea de derechos humanos: uno es la igual capacidad de los seres humanos para llevar una vida libre y el otro es la concepción de la vida humana buena como una vida libre. Lo que la justicia exige es tratar igual lo que es igual, en este caso dar a todos los seres humanos la misma posibilidad de llevar una vida libre.

En cambio, si usamos el término “igualdad” para designar algo distinto de la justicia, nos equivocamos al considerarla un valor, porque la igualdad como cosa distinta de la justicia no es valiosa. Diría por tanto, que podemos prescindir tranquilamente de la igualdad en el reino de los valores y hablar, cuando sea necesario, de justicia.

Espero que la explicación haya sido clara. Por si acaso no lo ha sido, cabe insistir en la raíz de la confusión entre igualdad y justicia. Una primera causa de la confusión es que, como dijo Radbruch, la igualdad es “la médula de la justicia”, porque ser justo siempre exige llevar a cabo un juicio de igualdad (quién es igual que quién y en qué y con qué consecuencias). Una segunda causa, más interesante, es que la idea de los derechos humanos parte de la constatación de la igualdad de todos los miembros de la especie humana respecto de su capacidad para llevar adelante una vida libre. Como todos somos igualmente capaces en este sentido, todos merecemos los mismos derechos que nos habilitan para realizar nuestra capacidad. Por eso, en el marco de la cultura de los derechos humanos, la justicia aparece como “trato igual de lo igual” más que como “trato desigual de lo desigual” y, por eso, uno puede llegar a confundir igualdad con justicia. Pero basta con ver que los derechos humanos no se atribuyen a otros sujetos no pertenecientes a la especie (y cuando se hace es porque se considera que, por ejemplo, los animales son en algún sentido relevante “iguales” a los seres humanos), y se considera justo que así sea porque no se ha de tratar igualmente lo que es desigual.

---

<sup>6</sup> J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 19; R. DWORKIN, *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003.

Renunciar a tratar la igualdad como uno de los valores fundadores de los derechos humanos es muy beneficioso, como siempre lo es el pensar con claridad. Es beneficioso porque permite esquivar el falso dilema o contraposición entre libertad e igualdad y así desmontar el argumento contra los derechos sociales, que no han de entenderse al servicio de un valor distinto del que sirven los demás derechos: todos ellos sirven, ya dije, al valor de la libertad de manera unitaria, concebida, eso sí, como autodeterminación y no como no interferencia. Así también salvamos el tan reiterado carácter indivisible de los derechos, que se comprende porque todos ellos sirven al mismo valor. En particular, evitamos el más peligroso escollo conservador para los derechos humanos en general y sociales en particular, que es el de creer que libertad e igualdad se oponen. Acaso uno puede decir que los derechos sociales sirven a la libertad de unos más que a la de otros, pero esto ocurre sólo porque los unos disponían de menor libertad que los otros, como veremos a continuación. Uno puede también remachar, con Gerardo Pisarello, que los derechos sociales, como todos los demás derechos humanos, sirven a la “igual libertad”<sup>7</sup>. Personalmente, no creo que llamar “igual libertad” a la libertad que merecen por igual todos los seres humanos sea muy clarificador a la hora de determinar el valor al que sirven los derechos, pero quizá, como él sostiene, sea útil y conveniente, dado el prestigio que la idea (falsamente normativa) de igualdad ha conseguido ganar.

En todo caso, y si estoy en lo cierto, lo que importa es tomar conciencia de que el vínculo específico entre igualdad y derechos sociales es un vínculo falso, y de que los derechos sociales son, como los demás derechos humanos, derechos de libertad.

## V. Libertad de mercado

La libertad de mercado consiste en la posibilidad de intervenir como agente en la economía de mercado, esto es, en un mecanismo de producción y asignación de bienes y servicios basado en la libre concurrencia de dichos agentes. Para no complicar las cosas, dejaré de lado la producción para centrarme en la asignación, aunque es muy probable que haya una relación inescindible entre ambas. Por tanto, me ocuparé en lo que sigue de la libertad de mercado como forma de adquirir bienes y servicios y no como forma de participar en su provisión. Mi intención es mostrar que la creencia de que la libertad de mercado es un derecho fundamental con un determinado alcance (demasiado largo) es una creencia falsa, y perjudicial para la causa de los derechos sociales.

### V.1. Mercado o ciudadanía

Los bienes y servicios sociales pueden asignarse siguiendo dos mecanismos principales y tendencialmente contrapuestos: el del mercado y el de la ciudadanía<sup>8</sup>. Según el mecanismo del mercado, cada uno puede adquirir bienes y servicios pagando el precio establecido. La

---

<sup>7</sup> G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 46. Véase también A. BALDASSARRE, *Los derechos sociales*, cit., p. 49.

<sup>8</sup> Sigo aquí una indicación de FERNANDO ATRIA, desarrollada en F. ATRIA, *Mercado y ciudadanía en la educación*, Flandes Indiano, Santiago de Chile, 2007. Ha de verse también T. H. MARSHALL, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 51 y ss..

capacidad de adquisición depende de los recursos privados de que cada uno dispone; y, como estos recursos son variables, el resultado es la distribución de bienes y servicios en cuotas desiguales. Es cierto que la distribución mercantil también podría ser desigual incluso si los recursos disponibles fueran los mismos para todos los consumidores, pero en un sentido diferente. En este segundo caso, la desigualdad es cualitativa, porque distintos consumidores pueden optar por distintos lotes de productos; pero, en principio, si todos disponen de la misma capacidad adquisitiva, todos podrán adquirir un lote de productos equivalente. Sin embargo, en el primer caso, que es el que nos ha de interesar porque es el caso real, la desigualdad es también cuantitativa, porque los recursos son variables, de manera que los lotes de productos adquiridos no son equivalentes.

Según el mecanismo de la ciudadanía, la distribución de bienes y servicios se realiza mediante cuotas iguales, pues el criterio de asignación es el de pertenencia a la comunidad política, es decir, la calidad de ciudadano. Todos los ciudadanos obtienen la misma cuota del bien o servicio de que se trate, un bien o servicio que no tiene precio, que no se puede comprar, que queda desmercantilizado. Ambos mecanismos, mercado y ciudadanía, se contraponen porque un determinado producto o bien se puede adquirir mediante el pago de un precio (mercado) o bien no se puede adquirir mediante el pago de un precio (ciudadanía). Sin embargo, esta contraposición queda atenuada en la práctica porque existe la posibilidad de arbitrar mecanismos intermedios que combinen mercado y ciudadanía según arreglos múltiples, por ejemplo, mediante el establecimiento de precios máximos o precios fijos para la provisión mercantil o mediante el establecimiento de una tasa para la provisión ciudadana. En todo caso, mercado y ciudadanía son los dos tipos ideales de provisión que permiten calificar a todos los mecanismos realmente existentes como una determinada combinación de ambos.

## V.2. Ciudadanía, inclusión y exclusión

Cuestión aparte es la de la universalidad de la ciudadanía, porque no afecta al hilo del argumento, pero que conviene aclarar<sup>9</sup>. El estatuto de la ciudadanía se ha ganado fama de excluyente, y el lector pensará, con razón, que la distribución de un bien o servicio de acuerdo con dicho estatuto da lugar a cuotas desiguales entre ciudadanos y no ciudadanos o incluso permite privar de toda cuota a los no ciudadanos. Sin duda, la categoría es excluyente en el sentido de que permite excluir a los no ciudadanos de todo aquello que se reserve a los ciudadanos, y así sucede de hecho en muchos lugares del mundo, si no en todos. Esto se pone de relieve cuando una sociedad determinada recibe un número significativo de inmigrantes, como es el caso de las europeas occidentales o de la norteamericana, inmigrantes que al principio y durante un tiempo más o menos largo no pueden acceder a la ciudadanía y quedan automáticamente excluidos de todo lo que está vinculado con ella. Por eso, el mecanismo de la ciudadanía podría llegar a ser incluso más excluyente que el del mercado, si uno puede acceder al segundo pero no a la primera, y según los bienes y servicios que se distribuyan de acuerdo con éste y con aquélla. Podría ser el caso de que las autoridades políticas llegasen incluso a manejar las condiciones de acceso a la ciudadanía con el fin directo de la exclusión, convirtiéndola así en un estatuto

---

<sup>9</sup> Agradezco una observación a este respecto de ALEJANDRA CELI, en el taller de Cartagena, que ha motivado la inclusión de este sub-epígrafe.

privilegiado, tanto más cuantos más bienes y servicios se vinculen con ella y cuanto mayor sea la proporción de población inmigrante<sup>10</sup>.

Por otra parte, la ciudadanía es excluyente en un sentido lógico, pero como lo es cualquier otra categoría, que permite distinguir entre los que quedan incluidos y excluidos por ella. En particular, en el caso de la ciudadanía cabe distinguir entre los miembros de una comunidad política y los que no son miembros de la misma, una distinción que viene exigida por la idea misma de comunidad política (o Estado) y que, como tal, no es censurable, siempre que se admita que no es censurable la existencia de comunidades políticas. Otra cosa es que se entienda deseable la constitución de una comunidad política única o cosmopolita que abarque todo el planeta y a todos los que lo pueblan. Pero, incluso en este caso, es muy posible que la categoría de la ciudadanía particular (de rango inferior al planetario) siguiera siendo necesaria si admitimos que ciertos asuntos políticos han de ser resueltos democráticamente en ese nivel inferior (distrital, local, regional...) y, por tanto, estar a cargo de los habitantes afectados por ellos.

Sin embargo, el uso excluyente de la ciudadanía es contrario a los orígenes de la categoría y a su sentido propio. El estatuto de ciudadano, como tal, es incluyente porque iguala a todos los que lo disfrutan, inicialmente en su capacidad política, porque ser ciudadano significa ser titular de derechos políticos, esto es, titular del poder soberano en la misma medida en que todos los demás ciudadanos; y, después, más allá de la capacidad política, iguala a todos los ciudadanos en el acceso a todos los bienes y servicios que se decida vincular con la categoría. En cambio, obsérvese que el estatuto de consumidor, o de participante en el mercado, o de propietario, son estatutos que autorizan y promueven la desigualdad, porque consisten en posiciones sólo formalmente iguales pero que generan resultados materialmente desiguales, cosa que no sucede con la ciudadanía.

Además, la ciudadanía es incluyente en un segundo sentido: se trata de una categoría pensada desde sus inicios para apoderar e igualar políticamente a todos los individuos que conviven en un mismo territorio, borrando diferencias de estatus e ignorando diferencias económicas y sociales. Importa aquí destacar el “todos” de la frase anterior, que refleja esa universalidad aludida al principio. Es cierto que no siempre todos fueron admitidos al estatus de ciudadanía, pero no porque la categoría fuese excluyente, sino porque se negaba la aptitud política a ciertos grupos humanos, caracterizados por su raza o por su sexo. De hecho, la historia de la ciudadanía es la historia de su progresiva extensión. En definitiva, no es la categoría del ciudadano la que debe considerarse excluyente, sino el uso que se hace de ella, sobre todo al restringir el acceso a la misma a los inmigrantes. Quizá muchas de nuestras autoridades políticas deberían tomar nota del texto del artículo 4 de la primera [Constitución republicana de Francia](#), de 1793, que establecía:

Todo extranjero con veintiún años cumplidos, que, domiciliado en Francia durante un año: viva aquí de su trabajo; o adquiera una propiedad; o despose una francesa; o adopte un niño; o alimente a un viejo. Todo extranjero, en fin, que sea considerado por el cuerpo legislativo como merecedor de la humanidad [“avoir

---

<sup>10</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 116-119.

bien mérité de l'humanité"] es admitido al ejercicio de los derechos del ciudadano francés.

### V.3. La libertad de mercado como límite de los derechos sociales

Volvamos, pues, a la cuestión de la libertad de mercado. Y la cuestión es que la asignación mercantil de bienes y servicios genera, como he dicho, un reparto desigual de los mismos. Esta desigualdad puede admitirse, esto es, puede ser justa (no lo discutiré, aunque es discutible) si atañe a bienes o servicios no vinculados con derechos fundamentales. En caso contrario, se trata de una desigualdad injusta, precisamente porque los derechos fundamentales, por definición, se vinculan con el estatuto de ciudadanía, pues han de ser disfrutados en las mismas condiciones por todos. La razón, valga reiterarla, es que los derechos fundamentales están asociados, por una parte, con la mera humanidad de sus titulares, y no con cualquier otra condición de los mismos, y, por otra parte, con el ideal de una vida humana buena. Luego hemos de suponer que, primero, nadie puede ser excluido de su disfrute, y, segundo, que una vida humana buena no es plenamente posible si ese disfrute no está asegurado.

Sin embargo, cuando se permite que ciertos bienes y servicios vinculados con los derechos fundamentales sean asignados mercantilmente se genera el efecto contrario, es decir, no se garantiza que todos puedan disfrutar de los mismos (porque el mercado no puede garantizar eso por sí solo) y, por tanto, no se garantiza que todos tengan una posibilidad similar de llevar una vida buena. Sin duda, así ha sido entendido en relación con los derechos civiles y políticos: las libertades, inmunidades o cuotas de participación a que dan lugar no pueden ser objeto de compra y venta. Esto, con alguna excepción, como la asistencia letrada, que funciona como un derecho social (quizá habría que decir, contra las clasificaciones al uso, que *es* un derecho social).

El caso de los derechos sociales es diferente, y la razón de la diferencia radica en parte en la consideración de la libertad de mercado como un derecho fundamental (de la otra parte nos ocuparemos en el epígrafe siguiente). Los bienes y servicios vinculados con los derechos sociales (trabajo, vivienda, salud, educación) son objeto habitual del tráfico mercantil, de forma que su provisión exclusiva mediante la ciudadanía se entiende como una restricción de la libertad de empresa. Esta restricción puede llegar a considerarse excesiva, cuando se acepta que la libertad de empresa es un derecho fundamental. Por eso, los términos del reconocimiento de los derechos sociales derivan de una ponderación ideal entre tales derechos y la propia libertad de empresa, resultando en derechos mínimos y subsidiarios. En efecto, en las comunidades regidas económicamente por la libertad de mercado, los derechos sociales responden a ese modelo del "mínimo subsidiario". De acuerdo con él, los individuos pueden concurrir al mercado para buscar la satisfacción de sus necesidades educativas, sanitarias, habitacionales, etc., naturalmente de acuerdo con su capacidad adquisitiva, obteniendo así cantidades variables de bienes y servicios y, es de suponer, una satisfacción igualmente variable de esas necesidades. Junto a este mecanismo de provisión mercantil, y porque la educación, la salud, etc., han sido consideradas como derechos fundamentales, el Estado se encarga de proveer, a través de la ciudadanía, un mínimo considerado indispensable. La provisión es subsidiaria, porque complementa la

provisión mercantil, entendida en una economía de mercado como primaria; y es mínima o básica porque es siempre menor o peor que la que puede obtenerse en el mercado si se tienen los recursos necesarios. Es fácil comprender que si la provisión ciudadana fuera mayor o igual, la provisión mercantil dejaría de tener sentido, pues, ¿quién querría pagar por lo que puede obtenerse gratuitamente sin menoscabo alguno de su cantidad y calidad? Luego ha de ser necesariamente menor o peor.

Lo que pasa es que esta configuración de los derechos sociales contradice la lógica de los derechos fundamentales, porque no da lugar a cuotas iguales de bienes o servicios considerados esenciales para la realización personal o, recordando de nuevo el documento de las [Naciones Unidas](#), para vivir una vida “plenamente humana”. En otros términos: si queremos respetar la idea inspiradora de los derechos fundamentales, deberemos llegar a un arreglo tal que garantice la igualdad de tales cuotas, arreglo que necesariamente ha de afectar a la concepción dominante de la libertad de empresa. Sin embargo, antes de ver cómo, hemos de examinar un argumento que podría salvaguardar esa concepción.

Uno podía sostener que lo que realmente es fundamental no es la “educación”, sino la “educación básica”, ni la “salud”, sino la “salud básica”, ni la “vivienda”, sino la “vivienda básica” (o “digna”). Los niveles básicos de educación, salud o vivienda serían el contenido genuino del derecho fundamental respectivo, y éste sería el que quedaría garantizado por el mínimo subsidiario, de manera igual para todos. Más allá de ese nivel básico, nos hallaríamos ya fuera del derecho fundamental, y ahí podría actuar el mecanismo mercantil sin afrenta para el ideal de los derechos fundamentales. El argumento no es bueno, y ahora diré por qué; pero, aún si fuera bueno, requeriría cambios sustanciales en la provisión de servicios educativos, sanitarios y demás. En efecto, si fuera bueno, requeriría que, por ejemplo, la educación básica quedase al margen del mercado, de manera que todos pudieran recibir una educación básica equivalente. Puesto que si conviviesen los mecanismos de ciudadanía y mercado en esa actividad, el resultado sería la distribución desigual de la misma (mejor para unos y peor para otros), un resultado incompatible con el ideal de los derechos fundamentales.

Además, el argumento no es bueno porque no parece que la educación o la salud o la vivienda sean fundamentales sólo en un nivel básico. Por supuesto, puede aceptarse que la educación básica es más “fundamental” que la educación secundaria o superior, pero no se trata de esto. De lo que se trata es de tomar conciencia de que la educación es importante en el sentido de que cualesquiera desigualdades educativas, y no sólo las que afectan al nivel básico, pueden generar desigualdades en la capacidad para vivir una vida plenamente humana, y lo mismo cabe decir del disfrute de otros bienes y servicios que vinculamos con los derechos sociales. Para que el argumento que analizamos fuera bueno, habría que sostener, por seguir con el mismo ejemplo, que la educación secundaria o superior no tiene relevancia para vivir una vida plenamente humana, y esto es ciertamente difícil de sostener o, al menos, va contra lo que cree la mayoría de la gente y contra el sentido que cabe atribuir a los notables esfuerzos públicos por construir y mantener buenos sistemas de educación secundaria y superior y a los notables esfuerzos privados por acceder a una educación secundaria y superior de calidad.

Siendo así, estamos abocados a desmercantilizar todo aquello que consideremos relevante para poder llevar una vida plenamente humana, sea la educación, la salud o la vivienda. Sólo así puede garantizarse, mediante el mecanismo de la ciudadanía, que la distribución de estos bienes y servicios será igualitaria y acorde con el ideal de los derechos fundamentales. Es decir, se trata de que tales bienes y servicios queden fuera del mercado, como de hecho ocurre con muchos otros desde tiempo inmemorial: todas las comunidades políticas han sustraído siempre del comercio ciertas cosas que, por su naturaleza o por su importancia, no podían ser objeto de regateo. Hoy día aceptamos que la libertad no puede comprarse ni venderse, o el uso de ciertos espacios públicos, o los órganos vitales del cuerpo humano. Por eso, no hay nada de extraño en proponer que otras cosas realmente importantes queden al margen del comercio de los hombres.

¿Cómo afecta esta desmercantilización a la libertad de mercado? Desde luego, restringiéndola, limitando su alcance a todo aquello que no se considere esencial para esa vida plenamente humana que nos sirve de referencia constante. Y para aceptar esta restricción sólo tenemos que aceptar que ese mismo ideal no requiere dedicarse a la provisión lucrativa de educación, salud o vivienda; que el ideal que subyace a la libertad de mercado o de empresa puede ser satisfecho mediante el desempeño de otras actividades. Valga añadir ahora que optar por la ciudadanía frente al mercado a la hora de asignar este tipo de bienes y servicios no supone rechazar la iniciativa privada en estos campos: la iniciativa puede ser privada, y los colegios o clínicas ser de titularidad privada, siempre y cuando los titulares presten este tipo de servicios sin ánimo de lucro y sin posibilidad de discriminar entre los destinatarios<sup>11</sup>. Debe quedar claro que lo que contradice los derechos sociales no es la iniciativa privada, sino el ánimo de lucro o de discriminación.

En definitiva, tomarse en serio los derechos sociales requiere o bien limitar la libertad de mercado a todo lo que no tiene que ver con ellos o bien negarle la categoría de derecho fundamental.

## **VI. Propiedad privada**

La propiedad privada es el último y más poderoso obstáculo con el que se enfrentan los derechos sociales. Dado el desigual reparto de los derechos de propiedad típico de las comunidades políticas en las que vivimos, todo esfuerzo redistributivo como el que supone la implantación de los derechos sociales encuentra la resistencia del terrible derecho, como en su día lo llamara Stefano Rodotà. Pero esta resistencia no puede estar basada en el ideal de los derechos fundamentales, sino sólo en el interés particular, e injustificado, de los que resultan más beneficiados por el desigual reparto de las propiedades. No puede estar basado en un ideal que consiste precisamente en el reparto igualitario de todo lo que se considera importante para llevar una vida buena; porque la propiedad privada supone exactamente lo contrario, esto es, la distribución desigual de las cosas importantes.

---

<sup>11</sup> Véase F. ATRIA, *Mercado y ciudadanía en la educación*, cit., pp. 98-101.

El caso de la propiedad privada me parece aún más claro que el de la libertad de empresa. Uno puede argumentar a favor de la segunda, porque en principio puede ser distribuida en cuotas iguales y al tiempo porque es realmente importante poder “emprender” actividades para sentirse plenamente realizado (por supuesto, de aquí no se sigue, como ya señalé, que tales actividades hayan de estar vinculadas con el lucro privado). En cambio, no cabe concebir a la propiedad privada como un derecho fundamental, dado su “imposible contenido igualitario” (tal como Gregorio Peces-Barba lo ha calificado), es decir, dado que no puede repartirse según cuotas iguales. Una prueba de ello la encontramos en que es consustancial con el derecho de propiedad la posibilidad de su transmisión onerosa, y el conjunto de las transmisiones onerosas ha de resultar en cuotas necesariamente desiguales, de acuerdo con los factores que hacen aumentar o disminuir el valor de las propiedades. Por eso, aunque idealmente uno puede imaginar una distribución inicial igual de las propiedades, esa distribución inicial igual habría de convertirse con el paso del tiempo en una distribución desigual. En otros términos: la propiedad privada ha de permitir necesariamente la acumulación, y la acumulación es incompatible con el reparto igualitario y, por tanto, con el ideal de los derechos fundamentales. Ferrajoli ha explicado esto con claridad meridiana a la hora de diferenciar los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales, entre los que, por supuesto, destaca la propiedad privada<sup>12</sup>.

Partiendo de los mismos presupuestos de este trabajo, algunos han sugerido no una renuncia al derecho de propiedad, sino una reconfiguración de la misma, según la cual se entendería por “propiedad privada” el control de cada uno sobre los recursos necesarios para llevar una vida plenamente humana, que sí sería compatible con el ideal de los derechos fundamentales. Así, Gerardo Pisarello considera aceptable un “derecho civil a la propiedad o al control estable de recursos, entendido como fuente generalizable de satisfacción de necesidades básicas”<sup>13</sup>. Lo que hay que decir al respecto es que la propiedad así reconfigurada no sólo es compatible con el ideal, sino que ella misma es el ideal, esto es, que cada uno controle o disponga de todo lo necesario para llevar este tipo de vida. Si queremos llamar “propiedad” a eso, no veo mayor problema que el que deriva de usar un término para designar una cosa cuando tradicionalmente ha venido a designar otra muy distinta y hasta opuesta. Lo que importa, en todo caso, es la cosa y no la palabra.

Todo esto me parece claro. No obstante, aún tienen fuerza creencias del todo irracionales en relación con la propiedad que permiten que esta institución goce de prestigio social. Una de ellas es su pretendido carácter natural o prepolítico: nada más lejos de la realidad. Porque el reparto de los derechos de propiedad no es nunca natural sino una decisión tan política (y por eso colectiva) como la que más. Es el derecho positivo, y ciertas instituciones creadas por él, quienes aseguran el actual reparto de las propiedades, un reparto que no podría justificarse en modo alguno aduciendo vínculos “naturales” entre las cosas y sus propietarios. Otra de esas ideas es la de que “aquello que poseo es el fruto de mi trabajo y, por tanto, es justo que sea de mi exclusiva propiedad”. Baste observar que nadie se basta a sí mismo y que la vida de todos depende siempre del buen hacer de todos los demás y que, por tanto, es imposible determinar que la posición social de una persona (incluyendo en esta posición los bienes que pueda poseer) dependa sólo de sus propios méritos. Lo que sí es mucho más sensato es suponer que la vida humana es una vida

<sup>12</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit., pp. 45-50.

<sup>13</sup> G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, cit., p. 54.

comunitaria y que la posición social de cada uno, y su bienestar, depende de una complejísima red de esfuerzos pasados y presentes, una red que, en puridad, impide que nadie se considere legítimo propietario de nada, más allá de lo que sea necesario para la propia vida y pueda ser generalizable para todos.

## VII. Los derechos sociales y la labor de las Defensorías del Pueblo

Si uno acepta los argumentos que constituyen este trabajo, se dará cuenta de que la plena efectividad de los derechos sociales requiere profundos cambios sociales y económicos más que pequeños ajustes jurisdiccionales y administrativos. Sin duda, esto puede afirmarse con carácter general de todos los derechos fundamentales, pero muy en especial de los derechos sociales, que son los que cuentan con una implantación menor y los que cuestionan en mayor medida el orden socioeconómico vigente. Estos cambios deben ir acompañados por un esfuerzo de revisión de nuestras concepciones sobre lo que son los derechos humanos, sobre los valores en que se inspiran y sobre el alcance de algunos derechos de carácter patrimonial. Una revisión que nos ofrecerá una visión más precisa del sentido de los derechos sociales y nos marcará un camino por el que transitar hacia su realización plena.

La labor de las Defensorías del Pueblo, concebidas como instituciones al servicio de la realización social de los derechos humanos, tiene una dimensión cultural insoslayable, la de difusión de aquella visión de lo humano y de lo social que está en la base de los derechos. Contra lo que puede pensarse, en el ámbito de las ideas todavía quedan muchos *enemigos* de los derechos humanos, y de los derechos sociales en particular, que deben ser identificados, sitiados y superados: se trata, como a lo largo de este trabajo, de creencias falsas que distorsionan el sentido de los derechos humanos. En el desempeño de su labor cultural, todos los que trabajan en instituciones de garantía de los derechos, como son las defensorías, han de ser conscientes de estas *trampas de la teoría*, para no caer en ellas, y para evitar que los demás lo hagan. Puesto que ni la buena voluntad ni tampoco los más denodados esfuerzos son bastantes si se dirigen por la senda equivocada.

Por eso, todos los que trabajan a favor de los derechos humanos, por muy práctica y concreta que sea su tarea, deben prestar atención a las cuestiones teóricas, primero para refinar su propia visión de lo que constituye el verdadero objetivo de su trabajo; y, segundo, para trasladar a los demás esa visión, teniendo en cuenta que los derechos humanos sólo pueden realizarse en una comunidad de ciudadanos conscientes de cuáles son esos derechos, de cuál es su alcance y cuál su función social. El escepticismo ante la teoría, o su ignorancia, o la convicción de que es asunto de otros, no ayudarán al trabajo práctico. Porque, hay que decirlo una vez más, la teoría no se opone a la práctica: la teoría de los derechos humanos, cuando es buena, no es más que la descripción de la correcta práctica de los derechos humanos. Y en un ámbito como éste, donde cualquier avance supone reducir las cuotas de poder de los más favorecidos por el orden social vigente, es fundamental tener ideas claras y no dejarse llevar por el pensamiento dominante, a menudo *ideología* y no *teoría*, porque no constituye una descripción correcta sino una visión deformada de lo social al servicio de intereses particulares.

Desarrollos como los que componen este estudio suelen ser acusados de utópicos, y por tanto de irrelevantes para la acción cotidiana en pro de los derechos como la que tiene lugar en el seno de las Defensorías del Pueblo. Pero la utopía no es sino una descripción de las condiciones ideales de lo social, y en el caso concreto que nos ocupa de las condiciones ideales de ciertos derechos particularmente exigentes. La cuestión es si esta descripción de lo ideal es irrelevante para la acción cotidiana. La respuesta a esta pregunta se halla contenida ya en el párrafo anterior: lo que sí es irrelevante o, todavía peor, inconveniente, es una acción mal encaminada, y así sucede cuando uno no sabe hacia dónde ha de marchar porque su brújula ha sido mal calibrada. Las condiciones ideales de realización de los derechos son precisamente la brújula que necesitamos para orientar correctamente nuestras acciones.

Acabo insistiendo en algo que ya quedó escrito al principio. Ningún ideal aspira a su realización inmediata o completa. Por eso, tener claro el ideal no ha de implicar el desprecio de cualesquiera avances menores, por modestos que sean, sino más bien poder determinar cuándo nos hallamos de veras ante un avance y cuándo ante un retroceso. La plena realización de los derechos sociales es, en realidad, algo parecido al advenimiento del reino de la justicia, un reino que probablemente no sea de este mundo. Pero del mismo modo que el creyente sabe que nunca realizará en la práctica la perfección personal que su credo le define, y aún así no renuncia a sus modelos y se orienta de acuerdo con ellos, de ese mismo modo el partidario de los derechos humanos (y hemos de suponer que los que trabajan en las Defensorías del Pueblo lo son) no debe olvidarse de la causa a cuyo servicio se halla. Esa causa le acompañará siempre y tan útil le será para las grandes decisiones que de vez en cuando hay que tomar como para las acciones del día a día.

## VIII. Bibliografía

VIII.1. La bibliografía sobre derechos sociales (y sobre sus “enemigos”) es abundante. Propongo a continuación una breve selección de textos que considero particularmente interesantes.

- ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002. Un libro que trata de explorar todas las posibilidades que ofrecen los tribunales a los derechos sociales. Sobre cómo luchar por los derechos sociales por medios jurisdiccionales.
- ATRIA, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, *Discusiones* 4, 2004, pp. 15-58, en internet:  
<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>. Una crítica radical y consistente a la concepción liberal de los derechos sociales.
- BALDASSARRE, Antonio, *Los derechos sociales* [1997], Externado de Colombia, Bogotá, 2001, fragmento de su obra *Diritti della persona e valori costituzionali*. Una excelente introducción histórico-constitucional a los derechos sociales.

- BAUMAN, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias* [2004], Paidós, Barcelona, 2005. Una reflexión crítica sobre los “residuos” humanos que producen las sociedades capitalistas actuales y que permite comprender la función contemporánea de los derechos sociales e identificar sus principales campos de actuación.
- CONDORCET, *Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública* [1792], Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990. De obligada lectura para los que creen que el derecho a la educación, y los derechos sociales en general, son cosa reciente. Se trata del informe y proyecto presentado por Condorcet primero ante la primera Asamblea legislativa francesa y después ante la Convención republicana.
- DE LORA, Pablo, *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*, Alianza, Madrid, 2006. Libro que explica con sencillez, amenidad y rigor la idea de los derechos humanos y permite comprender cuál es el lugar que dentro de ella corresponde a los derechos sociales.
- MARSHALL, Thomas Humphrey, *Ciudadanía y clase social* [1950], Alianza, Madrid, 1998. Esta edición incluye un extenso comentario de TOM BOTTOMORE, “Ciudadanía y clase social, cuarenta años después”. Un texto ya clásico que permite comprender el lugar de los derechos sociales en la evolución de los derechos fundamentales, y cómo los derechos sociales bien entendidos expresan un tipo de comunidad política que requiere una profunda transformación de la estructura económica.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007. Una defensa de los derechos sociales frente a los que los consideran secundarios respecto de los demás derechos, mediante una detallada crítica de los argumentos en que se sustenta esta postergación; y una propuesta de reconstrucción garantista de los mismos.

VIII.2. Las ideas expuestas en este trabajo lo son de manera muy sintética. Quien desee desarrollos algo más amplios y específicos, además de un aparato bibliográfico que aquí he preferido ahorrar en su mayor parte al lector, puede consultar alguno de los siguientes trabajos del autor:

- “En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos” (acotaciones a Liborio Hierro)”, en *Doxa*, nº 23, 2000, pp. 377-392.
- “Presentación” a ALEXY, Robert y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 13-44.
- “Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello”, y “La tiranía del derecho subjetivo. Contrarréplica a Gerardo Pisarello”, en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXIV, 2007, pp. 491-498 y 509-516.
- “La génesis liberal y socialista de los derechos sociales”, en *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, Bosch y Esade, Barcelona, 2008, pp. 219-256.

- “Socialismo y derechos fundamentales”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. III, Teoría de la justicia y derechos fundamentales, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 589-614.
- Reseña de *Mercado y ciudadanía en la educación*, de ATRIA, Fernando, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008, pp. 375-382.
- “Tres concepciones de los derechos sociales”, en GARCÍA RODRÍGUEZ, F. García Rodríguez (coord.), *Estudios en homenaje al 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, FUNDAP, México, 2008, pp. 73-82.
- “Hoy empieza todo: la promesa incumplida de los derechos sociales”, en RIVAYA, Benjamín (ed.), *Trabajo y cine*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2009 (en prensa).
- “Libertad y derechos sociales”, en G. ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (en preparación).

Nota: algunos de estos trabajos están disponibles en la página web del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona:

<http://www.ub.es/dptscs/filoderecho0.htm>

**Resumen:** La recta comprensión de la idea de los derechos sociales requiere el examen crítico de cinco ideas típicas de las teorías de los derechos humanos: la propia idea de derechos humanos, la de libertad, la de igualdad, la de libertad de mercado y la de propiedad. Este examen crítico lleva a la identificación de otras tantas creencias falsas, pero muy difundidas, cuya vigencia da lugar a una idea distorsionada, y en exceso limitada, de los derechos sociales. Todo esfuerzo dirigido a la implantación práctica de estos derechos requiere esta previa labor de revisión teórica.

The right understanding of the idea of social rights requires the critical examination of five standard ideas typical of human rights theories: the ideas of human rights, liberty, equality, market freedom and private property. This critical examination leads to the identification of five false, but widespread, beliefs, the currency of which generates a distorted and too narrow idea of social rights. Any effort addressed to the enforcement of these rights requires this previous work of theoretical revision.

**Palabras clave:** derechos sociales, derechos fundamentales, libertad, igualdad, libertad de mercado, propiedad privada (social rights, fundamental rights, liberty, equality, market freedom, private property).